

EL CONTROL DE LA ELABORACIÓN DE LOS REGLAMENTOS: NUEVAS PERSPECTIVAS DESDE LA TÉCNICA NORMATIVA Y DE LA EVALUACIÓN DE LA SIMPLIFICACIÓN Y CALIDAD DE LAS NORMAS

MARTÍN BASSOLS COMA

SUMARIO I. INTRODUCCIÓN. LA TÉCNICA NORMATIVA Y SU APLICACIÓN A LA ELABORACIÓN DE LOS REGLAMENTOS.— II. MOTIVACIÓN Y RAZONABILIDAD EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA.— III. REGLAMENTOS ORGANIZATIVOS Y ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES. RELEVANCIA DE LA MEMORIA JUSTIFICATIVA Y ECONÓMICA EN EL PROCEDIMIENTO DE SU ELABORACIÓN. SUS EFECTOS EN EL EJERCICIO DE POTESTADES REGLADAS Y DISCRECIONALES.— IV. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN Y EVALUACIÓN DE RIESGOS EN LA ELABORACIÓN DE NORMAS REGLAMENTARIAS DE CARÁCTER TÉCNICO: UNA NUEVA EXIGENCIA DE ORIGEN JURISPRUDENCIAL, CRITERIOS CIENTÍFICOS Y DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.— V. LA PROBLEMÁTICA DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO DE LAS NORMAS REGLAMENTARIAS. SU POSIBLE ARTICULACIÓN A TRAVÉS DE LA AGENCIA ESTATAL DE EVALUACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS Y CALIDAD DE LOS SERVICIOS.— VI. HACIA UNA MEJORA DE LA REGULACIÓN DE LA CALIDAD DE LOS REGLAMENTOS. LOS PROGRAMAS DE SIMPLIFICACIÓN Y REDUCCIÓN DE CARGAS ADMINISTRATIVAS.

RESUMEN: Análisis de las posibilidades que ofrecen las nuevas técnicas de control de la adecuada elaboración de los Reglamentos en sus diversas manifestaciones. Junto a los controles de carácter judicial se destacan las nuevas aportaciones derivadas de la evaluación del impacto normativo y, en particular, sobre los programas de simplificación, reducción de cartas administrativas, promovidos por la Unión Europea y cuya aplicación se ha iniciado ya en nuestro país.

Palabras clave: buena administración; calidad de las normas administrativas; cargas administrativas; simplificación y reducción; comités científicos y de expertos; evaluación impacto normativo; Memoria justificativa y económica; principio de precaución; simplificación administrativa; técnica evaluatoria normativa.

ABSTRACT: Analysis of the possibilities that offer new technologies of control of proper development of ordinances in their different categories. Besides the judicial controls, they are emphasized new contributions coming from evaluation of legal impact and, in particular, programs of simplification, reduction in administrative charters,

that are promoted by European Union and whose application has already began in Spain.

Key words: good administration; quality of ordinances; administrative burdens; simplification and reduction; scientific and experts Committees; evaluation of legal impact; supporting and economical report; precaution principle; administrative simplification; techniques to evaluate regulations.

I. INTRODUCCION. LA TÉCNICA NORMATIVA Y SU APLICACIÓN A LA ELABORACIÓN DE LOS REGLAMENTOS

La actual preocupación por la mejora de la Técnica Normativa, tanto a nivel nacional como de la Unión Europea (Comunicación de 31 de diciembre de 2003 del Parlamento Europeo, Consejo y Comisión Europea bajo el título de «Legislar mejor» y Consejo Europeo en Bruselas de Marzo de 2007 «la mejora de la legislación es un elemento central para aumentar la competitividad y promover el crecimiento sostenible y el empleo»), viene referida habitualmente a las Leyes de origen parlamentario que por su simbología y trascendencia político-social son merecedoras de una atención preferente. Su principal objetivo es alcanzar una mejora en la «calidad de las leyes»; en la inteligencia que, como nos advierte MANUEL ATIENZA, «la crisis de la legislación no es solo una crisis “de crecimiento” que se corrija simplemente mejorando la calidad técnica de las leyes. La técnica legislativa viene a ser mas una forma de capear y de hacer frente con cierta dignidad a la crisis que de superarla» (1).

Nada impide, sin embargo, que dentro de las preocupaciones por la mejora de la Técnica Normativa se incluyan los Reglamentos con sus distintas manifestaciones promulgados en el ámbito del Estado; Comunidades Autónomas y Entes locales, pues en definitiva mantienen, desde el punto de vista objetivo, estrechas relaciones de subordinación y de desarrollo con la Ley parlamentaria y desde el punto de vista subjetivo, el Ejecutivo en el Estado contemporáneo, a través de sus proyectos de Ley prácticamente domina el proceso legislativo parlamentario en su fase de iniciativa y tiene, además una gran influencia en el proceso de su tramitación. Por lo tanto, existe una zona comun muy amplia para extender e integrar los Reglamentos dentro de los análisis e instrumentos propios de

(1). M. ATIENZA, *Lenguaje, lógica jurídica y teoría de las normas*, p. 23, en *Técnica normativa de las Comunidades Autónomas*, Jornadas celebradas por la Comunidad de Madrid en colaboración con el C.E. Constitucionales, Madrid, 16 a 26 de abril de 1990.

la Técnica normativa o de la llamada Ciencia o Teoría de la Legislación. Ahora bien, la pluralidad de manifestaciones de la potestad reglamentaria (reglamentos ejecutivos, organizativos, independientes, ministeriales, circulares e instrucciones) y la gran producción normativa en términos cuantitativos a que dan lugar, sin duda, dificultan esta integración o tratamiento común. En este orden de consideraciones merece destacarse como un primer paso en el orden formal la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 (BOE 29 de julio de 2005) por el que se aprueban las Directrices de Técnica normativa aplicables tanto a los Anteproyectos de Ley (Reales Decretos Legislativos y Reales Decretos-Ley) como a los Reales decretos, propuestas de Acuerdo del Consejo de Ministros y a las disposiciones y actos administrativos de los órganos de la Administración General del Estado que se publiquen en el BOE.

Nuestro Ordenamiento jurídico cuenta en el ámbito de la potestad reglamentaria, además, con un precedente importante que intuye e incluso anticipa algunos de instrumentos que hoy forman parte de la preocupación de la mejora de la Técnica normativa. Nos referimos a los arts 129 a 132, bajo la rúbrica de «Procedimiento (con el carácter de Procedimiento especial) para la elaboración de Disposiciones de carácter general» de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (2) que ha estado vigente hasta la Ley del Gobierno 50/1997 de 27 noviembre (Disposición Derogatoria Única), habiendo sido sustituidos por un único artículo (art. 24) de contenido análogo, bajo la rubrica del Procedimiento de elaboración de los Reglamentos, perdiendo con la inclusión en dicho texto su condición de Norma de procedimiento administrativo común que anteriormente ostentaba. Paralelamente, el art. 105 de la Constitución se refiere en su apartado a) en orden a la audiencia de los ciudadanos al «procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas que les afecten», planteándose la duda —con independencia de la aplicación directa, en todo caso, de dicho trámite de audiencia (3)— de si debía efectivamente dictarse en sentido formal un procedimiento especial de elaboración de todas las disposiciones administrativas; o bien, simplemente atribuir a dicho proce-

(2) La articulación de un procedimiento especial para la elaboración de disposiciones generales en la Ley de Procedimiento Administrativo se inspiró en la ley Federal norteamericana de Procedimiento Administrativo de 1946, según manifestaría LÓPEZ RODÓ en el discurso de presentación de la ley en las Cortes el día 15 de julio de 1958. Vid. MARTÍN BASSOLS COMA, *La significación de la legislación de procedimiento administrativo español. Especial consideración de la L.P.A. de 1958*, en *Administraciones públicas y ciudadanos* (coordinador: B. PENDAS GARCÍA), E. Techos, 1993, p. 72. Sobre el derecho norteamericano, J.J. LAVILLA RUBIRA, *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los Reglamentos en los EE.UU. de América*, Civitas, Madrid, 1991.

(3) Vid. J. R. PARADA VÁZQUEZ y M. BACIGALUPO SAGGESE, *El art. 105 CE*, en *Comentarios a la Constitución española de 1978* (O. ALZAGA), Tomo VIII, pp. 525-545

dimiento un contenido material que la legislación sectorial —sirva como ejemplo la reciente Ley 44/2006 de 29 de diciembre de mejora de la protección de los Consumidores y Usuarios que regula la audiencia en la elaboración de disposiciones generales del Consejo de Consumidores y Usuarios y, en su caso, de las Asociaciones de consumidores y usuarios sin ánimo de lucro— o en el marco de cada esfera de Gobierno se desarrollara específicamente. A su vez la Ley Orgánica 3/1980 de 22 de abril del Consejo de Estado en sus arts 21 (Pleno) y 22 (Comisión Permanente) se refiere a la necesidad de dictamen de dicho Cuerpo consultivo de los Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes (4).

En la normativa de 1958 y en la actual contenida en el art. 24 de la Ley del Gobierno de 1997, junto a los trámites destinados a alcanzar la máxima legalidad de las Disposiciones reglamentarias y la participación de los ciudadanos como contrapeso a las dilatadas potestades de las Administraciones públicas, se aprecia un destacado propósito de racionalización del ejercicio de la potestad reglamentaria y, en definitiva, de mejora de su técnica normativa sobre la base de la enunciación de principios como los de necesidad, oportunidad, acierto, estimación de costes, impactos, etc. —infortunadamente se ha eliminado la obligatoriedad de la referencia que el texto de 1958 hacía a la tabla de vigencias y derogaciones de los textos legales— que tienen que justificarse a través de proyectos, memorias económicas, informes, dictámenes, evaluaciones y otras técnicas que la legislación sectorial puede requerir. Obviamente, estos principios y técnicas instrumentales en la elaboración de los Reglamentos caben ser apreciados en estrictos términos jurídico-procesales por los Tribunales en su condición de meros trámites y, en lo que se refiere a su patología, pueden dar lugar a vicios de procedimiento que generan nulidad o anulabilidad, en función del mayor o menor rigor de la exigibilidad de su cumplimiento (5).

Paralelamente, estos mismos presupuestos pueden ser enjuiciados en el marco de los instrumentos de la técnica normativa y de las aportaciones de la Ciencia de la Administración. En esta segunda vertiente dichos principios y técnicas han tenido escaso desarrollo e implantación, si bien merece recordarse la destacadísima labor de llamada de atención y de estímulo del Consejo de Estado en sus Memorias anuales —y asimismo de los Conse-

(4) Sobre los distintos tipos y nomenclatura de Reglamento y Disposiciones generales, vid. las interesantes consideraciones de E. MELERO ALONSO, *Reglamentos y disposiciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

(5) Vid G. DOMÉNECH PASCUAL, *La invalidez de los Reglamentos*, Tirant lo Blanc, p. 247 ss.

jos Consultivos de algunas Comunidades Autónomas— sobre la relevancia de dichos principios y el adecuado cumplimiento de estos tramites, no solo como criterio de legalidad, sino en cuanto auténticos motivos de legitimación del propio ejercicio de la potestad reglamentaria por las Administraciones públicas. Aun cuando, el actual Presidente del Consejo de Estado Profesor RUBIO LLORENTE ha destacado que «lamentablemente la experiencia muestra que esas insistentes advertencias han tenido un éxito más bien limitado» (6), parece necesario insistir en esta línea de impulso posiblemente incorporando nuevos elementos, criterios y profesionales en la elaboración de los reglamentos en el sentido que dicho Profesor apunta con vistas al nuevo requisito de evaluación de genero en las disposiciones reglamentarias (impuesto por la Ley 30/2003 de 13 de octubre) que a fin de que su cumplimiento no se convierta en una mera rutina o formalidad se hace necesario la sensibilización de las unidades administrativas y de que existan responsables competentes para llevar a cabo esta evaluación, sugiriendo «incluso la conveniencia de un mínimo desarrollo reglamentario sobre los criterios a seguir en la elaboración del informe y sobre todo en el modo de formularlo» (7).

En el marco de estas consideraciones procede pasar revista, no tanto a los tramites específicos de la elaboración de los Reglamentos a los que la doctrina jurídico-administrativa viene prestando abundante atención (8), como a recientes manifestaciones de orden jurisprudencial o normativo que apuntan hacia un nuevo enfoque del problema, no solo desde el punto de vista del rigor en la exigibilidad en los tramites y mecanismos procedimentales, sino en cuanto al contenido y métodos instrumentales para la efectividad de los mismos en atención especialmente a las nuevas manifestaciones de la potestad reglamentaria.

(6) F. RUBIO LLORENTE, *El papel del Consejo de Estado en el control de la calidad técnica de las normas*, en «Revista Española de la Función Consultiva», nº 6, julio-dic., 2006, p. 27 ss.

(7) F. RUBIO LLORENTE, *El papel...*, op. cit., p. 32.

(8) Entre los últimos análisis pueden destacarse: F. SANTOLALLA LÓPEZ, en *Comentarios a la Ley del Gobierno* (coordinador C.J. FERNÁNDEZ CARNICERO), INAP, 2002; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre el procedimiento administrativo de elaboración de las normas*, en «Revista Española de la Función Consultiva», nº 2, julio-diciembre 2004, p. 74 ss.; E. MELERO ALONSO, *Reglamentos y disposiciones administrativas. Análisis teórico y práctico*, Lex Nova, 2005, p. 349-393; M. ESTEPA MONTERO, *Los reglamentos del Gobierno, control jurisdiccional de los Reales Decretos reglamentarios*, Vol. I, p. 175 a 237, S. P. Universidad Complutense, 2007; F. SANTOLALLA LÓPEZ, *Las Directrices de técnica normativa*, RAP nº 170, mayo-agosto 2006, pp. 41-92.

II. MOTIVACION Y RAZONABILIDAD EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA

Como ha destacado PONCE SOLE (9), apelando al concepto doctrinal de Buena Administración (incorporado a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea art. II.101 del Tratado sobre Constitución para Europa) cabe perfectamente hablar también de la «Calidad de los Reglamentos» a través de un adecuado control del ejercicio de la discrecionalidad de potestad reglamentaria. La motivación y fundamentación de la potestad reglamentaria ejerce en este contexto una importante papel como se pone de relieve en las siguientes resoluciones jurisprudenciales que vamos a comentar

Frente a la posible argumentación que el art. 24 de la Ley del Gobierno no exige un Informe específico para cada mandato, prohibición o restricción contenidos en un texto reglamentario, siendo suficiente un informe genérico sobre el conjunto del texto reglamentario —en caso de autos se trataba de la restricción de la pesca marítima del pulpo anteriormente permitida por lo que se podía entender que dicha restricción no es mas que un reflejo restrictivo general de la norma que hacía innecesario un informe justificativo especial—, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2006 (AR 3683) interpreta por el contrario que «si la nueva norma pretende prohibir, como hace la pesca del pulpo había que exponer las razones o motivos que justificaban esa medida». El Tribunal interpreta que un cambio de criterio respecto a una misma cuestión «ha de justificarse o al menos referirse la causa o motivo que para ello tiene». En apoyo de la necesidad de justificación de la Sentencia citada se remite a la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2000 (Ar 2001, nº 65) que sienta una interesante doctrina del siguiente tenor: «una de las manifestaciones características de la discrecionalidad administrativa es, sin duda, la reglamentaria, en la que el titular de la potestad tiene una libertad de opción o de alternativas dentro de los márgenes que permite la norma que se desarrolla o ejecuta, pero aun así la motivación por la que se hace explícita las razones de la ordenación, en garantía de la propia legalidad, ya que incluso, la razón habilidad, al menos como marco o límite externo a la decisión administrativa válida, sirve de parámetro para el enjuiciamiento del Tribunal y puede justificar, en su caso, la anulación de la norma reglamentaria». La cuestión sobre la motivación y razonabilidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria se ha extendido análogamente a aquellos supuestos de ejer-

(9) J. PONCE, *La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria. Teorías sobre regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y Administraciones*, en RAP, nº 162, sep.-diciembre 2003.

cicio de dicha potestad por el Consejo del Poder Judicial en desarrollos de la Ley 15/2006 reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal. En efecto, las Sentencias de 3 de marzo de 2006 (Ar 1898 a 1903) al anular el desarrollo reglamentario en orden a la fijación de los módulos por prescindir de la valoración individualizada de la función jurisdiccional se invoca, junto con otros criterios, el argumento que «tampoco en el expediente hay constancia documentada de estudios, informes, valoraciones, o aproximaciones de otro genero, que justifiquen con una *precisión razonable* los criterios que lleven a fijar uno u otro modulo a los distintos asuntos tramitados en los distintos órganos jurisdiccionales».

III. REGLAMENTOS ORGANIZATIVOS Y ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES. RELEVANCIA DE LA MEMORIA JUSTIFICATIVA Y ECONÓMICA EN EL PROCEDIMIENTO DE SU ELABORACIÓN: SUS EFECTOS DE EL EJERCICIO DE POTESTADES REGLADAS Y DISCRETIONALES

En contraste con el enjuiciamiento tradicionalmente flexible de la jurisprudencia sobre el contenido de la Memoria justificativa o informe sobre el Proyecto y la Memoria económica, previstas en el art. 24,a) de la Ley del Gobierno de 50/1997 de 27 de noviembre, dos recientes Sentencias del Tribunal Supremo de la misma fecha de 27 de noviembre de 2006 (La Ley Tomo I 1/2007 pp. 278 a 292) —recurso (51/2005 interpuesto por los trabajadores de la plantilla del Organismo, habiendo sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho) y recurso (53/205 interpuesto por la Comunidad Autónoma de Madrid, siendo Ponente Excmo. Sr. D Mariano Baena del Alcázar)— han erigido la insuficiencia del contenido de la Memoria justificativa y de la Memoria económica nada menos como ratio decidendi de la nulidad de una disposición reglamentaria que acordaba el traslado de la sede de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de Madrid a Barcelona. La elección del indicado motivo como causa prácticamente única de la decisión frente a otros posibles análisis de la cuestión de fondo; naturaleza de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones como Administración independiente; ausencia del Dictamen del Consejo de Estado y de los Informes de Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la información, acuerdo del Congreso de los Diputados respaldando este cambio de sede etc. quedaron relegados; motivo que explica, probablemente, que ambas Sentencias vayan acompañadas de tres votos particulares que revelan el carácter polémico y controvertido de los fallos.

La primera de las indicadas Sentencias (Ponente: ERÍQUEZ SÁNCHEZ) parte de una premisa reivindicativa de la trascendencia del procedimiento de elaboración de los reglamentos que es procedente destacar por cuanto entiende que dicho procedimiento «tiene una importancia que supera la exigencia de determinados requisitos formales, porque esta orientada tanto a conseguir el acierto en la resolución como a proporcionar a los administrados los elementos que el Gobierno ha tenido en cuenta para su decisión, dándoles así oportunidad de combatirlos, estas garantías cobran especial importancia en el ámbito de los reglamentos organizativos en los que el Gobierno ejercita potestades discrecionales, escasamente limitadas por elementos reglados y dotados por ello de un margen muy amplio de actuación». En apoyo de esta tesis se apela a otra reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2006 que también formula una declaración de principios de interés «si la potestad en si misma es discrecional, con los solos limites que le impone la ley habilitarte y el resto del ordenamiento jurídico, en mayor medida esa discrecionalidad se acrecienta cuando en el ejercicio de dicha potestad reglamentaria se están desarrollando funciones organizatorias. En estos casos, aparte los límites anteriores, solo en supuestos de arbitrariedad o irracionalidad será posible ejercer su función de control de los poderes de la Administración». En la segunda de las Sentencias (Ponente BAENA DEL ALCÁZAR) se califica a la norma impugnada como un reglamento organizativo por el que se ejercen potestades discrecionales que «no supone una regulación de derechos y obligaciones de las Administraciones públicas y de los ciudadanos, aunque eventualmente y de forma indirecta incida en ellos». Ahora bien, como tal potestad discrecional del Gobierno no significa que esté exenta de necesaria sumisión al ordenamiento jurídico «como sucede también con ciertos actos de Gobierno de contenido político, a tenor del art. 2, apartado a) de la LJ», concluyendo a tal efecto que «desde luego esta Sala tiene potestad suficiente para enjuiciar el cumplimiento de los elementos reglados cuando se ejerce una potestad discrecional en materia de organización. No cabe argumentar que en reiteradas ocasiones nuestra jurisprudencia ha establecido que cuando se trata de potestades de autoorganización estamos ante un ámbito no controlable. Pues las decisiones jurisprudenciales correspondientes se referían, no a los elementos reglados en materia de procedimiento, sino al contenido del ejercicio de la potestad de organización. Por otra parte las Sentencias mencionadas enjuiciaban normalmente ciertas cuestiones concretas de regulación y ordenación de las organizaciones administrativas y no potestades generales como la que ha ejercido el Gobierno en el presente caso. A partir del razonamiento anterior hay que pronunciarse sobre las argumentaciones y alegaciones de las partes respecto a las normas de procedi-

miento» (art. 24.1 de la ley del Gobierno, justamente la sumisión a las normas de procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias).

Al hilo de estas consideraciones previas en las Sentencias referidas se hace una glosa de interes sobre el sentido último de la Memoria justificativa y la Memoria económica que tiene interes retener «tanto la memoria económica como la justificativa pueden ser sucintas como dice el art. 24,1.f) de la ley del Gobierno, pero deben cumplir la finalidad a que responden. La Memoria económica, proporciona al Gobierno un información sobre los costes que las medidas adoptadas puedan suponer a fin de que, contraponiendo estas con las ventajas que aquellas han de representar, evidenciadas en la Memoria justificativa, la decisiones adoptada con conocimiento de todos los aspectos, tanto negativos como positivos que la aprobación del reglamento ha de significar. La Memoria justificativa pone de relieve esos aspectos de la decisión y los hace patentes frente a los administrados, ofreciendo a estos las razones de la decisión, cumpliendo función análoga en cuanto a sentido e importancia, a la motivación de los actos administrativos, plasmando en relación a los reglamentos el principio general de transparencia establecido en el artículo 3,5 de la ley 30/1992 de RJAP-PAC». Al contrastar estos principios con la Memoria económica de la disposición impugnada y tras hacer relación de la jurisprudencia flexible en orden a la admisión de memorias defectuosas o incompletas, llega a la conclusión que en el presente caso «lo que se presenta como memoria económica no cumple con el contenido mínimo exigible a un documento de esta naturaleza. No contiene estimación del coste a que dará lugar el reglamento, sino que se limita a afirmar que ese coste no se puede cuantificar en el momento que se redacta y que se trata de un coste que se cuantificara cuando se lleve a cabo el efectivo traslado La Memoria reconoce que existirá un incremento del gasto publico e incluso conoce los elementos que lo determinaran pero desprecia su cuantificación pese a que habría resultado relativamente sencillo hacerlo dentro de determinados márgenes», reforzando su conclusión con esta severa admonición: «el Gobierno aprueba el reglamento despreciando uno de los datos que el precepto indicado le impone considerar por lo que solo por esta razón procedería la estimación del recurso». Respecto a la Memoria justificativa y su vaga alusión «a la lógica y principios inherentes a la naturaleza del Estado de las Autonomías no representa una justificación aceptable para el traslado de una sede de un organismo que fue creado tras la Constitución ... pero no justifica por qué un organismo que en el marco de ese Estado de las Autonomías se encuentra funcionando en Madrid ha de trasladarse a otra ciudad y por qué precisamente esta otra ciudad ha de ser Barcelona... La ausencia de una verda-

dera justificación de la disposición impugnada determina que también por esta causa hayamos de declarar su nulidad». En la segunda Sentencia se llega prácticamente a la misma conclusión en relación al art. 24.1 De la Ley del Gobierno «hemos de apreciar que el cumplimiento de ese precepto ha sido meramente formal, sin que se logre la finalidad querida por el legislador de que en efecto se patentice la necesidad y oportunidad del reglamento como garantía de acierto en la decisión y se valoren los costes económicos que son consecuencia de la ejecución de la medida».

Estas rigurosas Sentencias comentadas inauguran una nueva línea en la valoración y relevancia del procedimiento de elaboración de los Reglamentos, singularmente en el orden organizativo en cuyo ámbito se producen una parte muy considerable de los Reglamentos estatales, máxime cuando para los mismos no está prevista la información pública y la audiencia a los ciudadanos (art. 24 1, e de la Ley del Gobierno) que podrían aportar otros elementos de contraste y de participación. Los parámetros de evaluación de lo que debe significar la Memoria justificativa y económica aparecen también definidos con acierto y con una visión centrada en la valoración de la relación coste/beneficio y de ponderación de los distintos factores político-administrativos que pueden permitir un avance significativo en el control de la discrecionalidad administrativa y pueden propiciar una mayor calidad y técnica normativa en el ejercicio de la potestad reglamentaria. El único interrogante que cabría plantear sería qué número de Reglamentos existentes cumplen unos parámetros tan rigurosos a la vista de un estudio comparado y empírico sobre los expedientes reglamentarios y sí en el futuro se mantendrá esta doctrina jurisprudencial que vendría a implicar una auténtica revolución en el ejercicio de potestades organizativas merecedora, sin duda, del respaldo doctrinal.

IV. EL PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN Y EVALUACIÓN DE RIESGOS EN LA ELABORACIÓN DE LAS NORMAS REGLAMENTARIAS DE CARÁCTER TÉCNICO: UNA NUEVA EXIGENCIA DE ORIGEN JURISPRUDENCIAL. CRITERIOS CIENTÍFICOS Y DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Considero muy acertada la advertencia de JEAN-MARIE AUBY (10) al destacar que «la regla de Derecho administrativo depende muy mucho de las experiencias de la Administración y de sus prácticas. Su dogmatismo, inhe-

(10) J-M AUBY, *El medio jurídico*, en *Tratado de ciencia administrativa*, ENAP, Madrid, 1973, p. 238.

rente a toda regla de derecho, disimula mal el empirismo que ha inspirado frecuentemente su elaboración y por consiguiente, informara su ejecución». Efectivamente, los Reglamentos han sido la expresión mas acabada de este origen burocrático del Derecho Administrativo, cuya legitimidad desde siempre viene descansando en la información, experiencia y en la capacidad de los expertos de los cuadros burocráticos en el seno de las mas variadas organizaciones administrativas para afrontar, con o sin leyes previas, las mas variadas cuestiones relacionadas con el interes publico. Gráficamente señalaba GIANNINI «La Administración publica se convierte de hecho en el aparato del Gobierno, por lo que sus tareas no son únicamente de ejecución, sino que son también las de gobierno. Por lo tanto, la administracion publica provee a la formación de la iniciativa política, elabora las leyes delegadas, los decretos-leyes, los proyectos de ley de iniciativa del gobierno y negocia los tratados internacionales en nombre del Estado —y no del gobierno—. Junto a esto, también cuida de los intereses públicos que han sudo confiados por normas al Estado, así como. de aquellos que normalmente afectan al Estado, incluso aunque no se hayan aprobados leyes o dictado decisiones políticas sobre ellos» (11).

Este monopolio regulador interno de la Administración que se ejerce desde el poder reglamentario esta experimentando en nuestros días signos de transformación o debilitamiento. La nueva regulación económica esta dando paso a segregaciones de nuevo cuño como las llamadas Administraciones independientes que rivalizar en su capacidad de formación con la Administración en sentido tradicional y aportan nuevas modalidades de acción. Más significativa aún es la necesidad de apelar a organismo, especialistas, o a personas de reconocido prestigio en el campo de la ciencia y la tecnología situados fuera de los aparatos administrativos para la adopción de reglamentaciones de carácter técnico o que afecten a la sanidad, biotecnología, prevención de riegos etc. Los aparatos burocráticos antaño depositarios de una legitimidad propia y exclusiva, precisan ahora de forma cada día más creciente de las opiniones de Comités científicos o tecnológicos para fundamentar y precisa sus decisiones de orden reglamentario (12). La apelación a estas consultas o recepción directa de estas formulaciones técnicas se están incorporando paulatinamente a los procedimientos de elaboración de este nuevo tipo de reglamentos.

(11) M.S. GIANNINI, *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo*, IAP, Madrid, 1980, p. 75.

(12) M. J. MONTORO CHINER, *Seguridad jurídica, principio de cautela y comités científicos*, p. 319 ss., en el número monográfico *Derecho administrativo; ciencia y tecnología* (coordinador por Martín BASSOLS COMA), en «Documentación Administrativa», nº 26-266, Madrid, 2003.

A este respecto es representativo y de interés la Sentencia de 19 de abril de 2006 (Ar 2154) en relación al Real Decreto 1066/2001 sobre protección del dominio público radioeléctrico y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas (en especial la telefonía móvil). Entre los motivos de la impugnación se denunciaba que la disposición reglamentaria no aplicaba el principio de precaución o cautela en relación a los límites sobre emisiones radioeléctricas en función de riesgos biológicos no térmicos; la protección del derecho a la vida y a la salud, no se atiende a las recomendaciones más recientes del Consejo de la Unión Europea y, en particular, que el Ministerio de Sanidad y Consumo no había elaborado un informe sobre la protección a la salud. La Sentencia desestima estos reproches formulados a la elaboración del Reglamento por cuanto el Ministerio de Sanidad en coordinación con el ministerio de Ciencia y Tecnología precisamente para la redacción del Reglamento constituyó un «Comité de Expertos; Campos electromagnéticos y Salud publica al que se le encomendó la tarea de realizar una evaluación de la evidencia científica acerca de las potenciales efectos de los campos electromagnéticos sobre la salud» y en concreto sobre «valorar si la Recomendación del Consejo de ministros de Sanidad de la Unión Europea era suficiente para garantizar la salud de la población». Fruto de los trabajos de este Comité, entre otras consideraciones fue postular, junto con medidas adicionales, la aplicación de los principios recogidos en la «Recomendación comunitaria de 12 de julio de 1999», recomendación que fue aceptada por el Ministerio autor del referido Reglamento e incorporada a su texto.

La parte recurrente invocaba, sin embargo, que la referida Recomendación comunitaria había quedado en parte desfasada y que existían posteriores revisiones y actualizaciones de la misma en el marco comunitario e internacional (sin embargo no plantearía cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas perfectamente posibles contra dichos Recomendaciones en materia de salud —según la Sentencia de dicho Tribunal de 13 de diciembre de 1989 Caso Grimaldi— como se encarga de anotar la Sentencia que comentamos) al tiempo que presentaba como prueba una serie de informes científicos que conforme a la evolución de los conocimientos científicos y preconizaban medidas más exigentes que las referidas en la Recomendación comunitaria. La Sentencia tras un minucioso análisis comparativo del material probatorio aportado llega a la conclusión que debe darse preferencia a los criterios de las recomendaciones de organismo europeos e internacionales sosteniendo que «no podemos afirmar a la vista de tales informes que la conclusión uniforme que en ellos se establece» (a saber que deben mantenerse los límites o umbrales de protección sanitaria propuesta por la

Recomendación comunitaria de 1999) haya sido fruto de una decisión improvisada irreflexible o imprudente).

Precisamente, como fruto de estas consideraciones previas la Sentencia se extiende sobre la configuración del principio de Precaución (13), anotando que «el principio de precaución desde esta perspectiva exige en los procesos de elaboración de las normas que afectan a los sectores respectivos, los poderes públicos titulares de los poderes de configuración normativa evalúen los riesgos, los califiquen en función de su intensidad y ponderando simultáneamente la utilidad general de los productos en cuestión y su seguridad, asuman la responsabilidad final de decidir cuál es el nivel de riesgo que la sociedad ha de asumir». Al legislador o a la Administración le es exigible en nombre de aquel principio la labor de identificación y evaluación de los riesgos acudiendo a fuentes objetivas en el seno del proceso de la elaboración normativa caracterizado por la transparencia y su apertura en todo caso a todas las opiniones seriamente fundadas, concluyendo, «la libertad de configuración normativa y el grado de discrecionalidad inherente a la potestad reglamentaria no pueden ser ignorados». Ahora bien esta ponderación en la consideración del principio de precaución debe aplicarse incluso «cuando la adopción de las normas por parte de los poderes públicos se ha de hacer en ámbitos en los que exista una cierto grado de falta de certeza inherente a toda controversia científica: la libertad de apreciación de los titulares de las potestades normativas si bien tiene en estos casos un limite en la medida en que su actuación ha de “garantizar un alto nivel de protección de la salud humana” no puede quedar paralizada por el mero hecho, frecuente, de que exista una cierta controversia entre especialistas de un mismo sector o de sectores diferentes, máxime cuando los beneficios potenciales de los productos correspondientes son indudables».

De lo expuesto la Sentencia comentada deduce una serie de corolarios que procede destacar: a) puede afirmarse que el principio de Precaución actúa como inspirador de las normas cuya elaboración debe contar con la «ayuda de los organismos especializados» y habrán de tomar en consideración las evaluaciones científicas mas solventes y respaldadas o que gocen del consenso de los comités científicos nacionales e internacionales; b) Cuando el juicio de estos Comités impliquen un reconocimiento mayoritario sobre la ausen-

(13) J. ESTEVE PARDO, *Técnica, Riesgo y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1999, y *Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión*, en «Derecho Administrativo, Ciencia y Tecnología», op. cit., pp. 137-151; M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO, *El Principio de Precaución y Defensa de los Consumidores*, en «Derecho Administrativo, Ciencia y Tecnología», op. cit., pp. 185 a 236.

cia de riesgos y efectos nocivos de un determinado producto o fenómeno la «aceptación de sus conclusiones, precedida de un proceso abierto en el que tenga posibilidad de intervenir los diferentes actores con intereses propios, debe reputarse ajustada a las exigencias de aquel principio»; c) En aquellos casos, en que apesar de estar amparados en la opinión «científicamente predominante y mas solvente, los poderes públicos no pueden desconocer la existencia de otras opiniones fundadas acerca de la falta de certeza sobre los efectos potencialmente nocivos de determinados productos o fenómenos, según los cuales precisamente esta incertidumbre solo puede ser superada después de un periodo de evaluación dilatado (en algunos casos decenas de años) la decisión final deje abierta la posibilidad de su revisión y asegure mecanismos de supervisión y actualización periódicos»; d) En consecuencia, la «evidencia científica disponible» actuará de criterio básico inicial para respaldar el ejercicio de la potestad reglamentaria, si bien dicho ejercicio deberá adaptarse sucesivamente a la evolución del progreso científico estableciendo los mecanismos precisos de reconsideración de la decisión primitiva en abierta coordinación con las evaluaciones realizadas por las organizaciones nacionales e internacionales competentes.

El principio de Precaución o cautela se erige por lo tanto en factor de reducción de la discrecionalidad administrativa en el ejercicio de la potestad reglamentaria, imponiendo además la preceptiva revisión de su ejercicio transfiriendo, por lo tanto, facultades decisorias a Comités científicos nacionales e internacionales que ampliamente exceden de los tradicionales informes preceptivos o voluntarios emitidos en el proceso de elaboración de disposiciones generales por organismos integrados por funcionarios o empleados de organismos internos de una Administración o dependientes de otras Administraciones. El condicionamiento parcial en el ejercicio de potestades públicas normativas por parte de Comités científicos o técnicos de ámbito nacional o internacional es un fenómeno creciente y actual que merece ser considerado con atención en sus múltiples facetas y en especial en sus implicaciones jurídico-administrativas a efectos de responsabilidad patrimonial o de control judicial que exigen nuevos enfoques y tratamientos. En el propio orden profesional la pertenencia a Comités científicos o éticos, cuyos informes condicionan como hemos visto el ejercicio de la potestad reglamentaria plantea cuestiones de nuevas incompatibilidades como se apuntan en el art. 3 de la reciente Ley 29/2006 de 26 de julio de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios al exigir la incompatibilidad de pertenecer a Comités de la Agencia Española de medicamentos y productos Sanitarios, a los Comités éticos de Investigación Clínica o a los Comités ase-

sores o consultivos establecidos por las Administraciones autonómicas con cualquier clase de intereses derivados de la fabricación y venta de los Medicamentos y Productos Sanitarios.

V. LA PROBLEMÁTICA DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO DE LAS NORMAS REGLAMENTARIAS: SU POSIBLE ARTICULACIÓN A TRAVÉS DE LA AGENCIA ESTATAL DE EVALUACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y CALIDAD DE LOS SERVICIOS

La factibilidad de las normas reglamentarias no solo debe ponderarse en la fase de su elaboración (a través de memorias, estudios, análisis coste/beneficio y otras técnicas), sino que requiere de un seguimiento en su aplicación a efectos de evaluar sus resultados e incidencia en la realidad social a efectos de poder afrontar o postular por los ciudadanos su revisión o modificación. La ingente cantidad de normas de origen reglamentario hacen utópico plantear un seguimiento evaluatorio continuo y global de esta producción normativa al margen de las dificultades de orden técnico que ello plantea. Sin embargo, si esta evaluación por resultados se inserta en el marco de las políticas públicas desarrolladas por sectores y a cargo de organizaciones especializadas, como es el caso, de la recién creadas Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos (Ley 28/2006, de 18 de julio) puede iniciarse una nueva vía de control de la calidad y los efectos de las normas reglamentarias en el marco de la denominada Gestión transparente por Objetivos que da lugar a la celebración y aprobación de un Contrato de gestión plurianual de las Agencias con el Ministerio de Administraciones Públicas.

Como ha destacado recientemente F. SAINZ MORENO (14) el centro de la evaluación de las políticas públicas se refiere a una valoración de los resultados de la actividad político-administrativos en un sector, pero sin embargo dicha valoración no puede hacerse sin consideración a las normas que ordena y rigen esta actividad. Por lo tanto, la calidad de la reglamentación es factor determinante de uno de los aspectos mas novedosos de estas nuevas organizaciones: la calidad, eficiencia y transparencia de los servicios que desarrollan y se les encomienda. En el marco de estas nuevas organizaciones se ha aprobado por Real Decreto 1418/2006 de 1 de diciembre el Estatuto de la Agencia estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y Calidad de los Servicios, en cuyo art. 6 se determinan sus objetivos y competencias y

(14) F. SAINZ MORENO, *Evaluación de las políticas públicas y la evaluación legislativa*, en *La evaluación de las leyes*, E. Tecnos, 2006, p. 19 y ss.

específicamente el apartado e) del mismo se le encomienda «realizar informes sobre evaluaciones de programas públicos, sus resultados, impacto y utilización, así como el análisis o las evaluaciones de *impacto regulatorio o normativo que se prevean en la correspondiente normativa* sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros órganos por la legislación vigente». Es manifiesto que la cultura de la evaluación y la calidad de los servicios en la gestión pública esta prácticamente iniciándose en nuestro país, pero es manifiesto que si esta evaluación del impacto regulatorio generado por una determinada normativa se desarrolla adecuadamente puede ser un elemento valorativo muy importante y fructífero para la evaluación posterior de la eficacia de los textos reglamentarios e incluso en la fase previa, pues a dicha Agencia se le encarga también la elaboración de «guías metodológicas para el análisis del *impacto regulatorio o normativo* en el ámbito de sus competencias (art. 6. j).

VI. HACIA UNA MEJORA DE LA CALIDAD DE LA REGULACIÓN REGALMENTARIA: LOS PROGRAMAS DE SIMPLIFICACIÓN Y REDUCCIÓN DE CARGAS ADMINISTRATIVAS

En la misma línea de consideraciones merece también destacarse los esfuerzos impulsados oír la de la Unión europea en orden a una «Better Regulation» tanto a lo que se refiere a su propia actividad como a la de los Estados Miembros a fin «Simplificar y mejorar la Reglamentación» a efectos de disponer de una normativa simple, comprensiva y de buena calidad a nivel europeo y en los respectivos Estados. A raíz del Consejo Europeo de marzo de 2007 se ha elaborado un Programa de Acción de la Comisión Europea de Reducción de Cargas Administrativas (en un 25% para 2012) sobre las empresas europeas originadas tanto por la Comisión Europea como por cada uno de los Estados miembros, invitando a que los Estados antes de 2008 expresen un compromiso claro respecto a sus propios objetivos nacionales al respecto.

El Consejo de Ministros español el día 4 de mayo de 2007 (BOE 12 de junio) creó un Grupo de Alto nivel, presidido por el Ministro de Administraciones Públicas y representantes de los ministerios de Asuntos Exteriores, Industria, Turismo y Comercio, a fin de que elaboren un Plan para ser presentado antes que finalice 2007, con el objetivo de valorar las cargas existentes para las empresas en la legislación nacional con el objetivo de reducirlas en un objetivo de ambición comparable al 25% europeo para el año 2012; determinar la participación española en el Programa europeo; impulsar una mejora

de la regulación de «forma que se reduzcan las cargas administrativas que las nuevas normas supongan para las empresas y ciudadanos; formular nuevas iniciativas que permitan avanzar en el proceso de simplificación y acordar mecanismos de colaboración con las Cámaras de Comercio y las organizaciones empresariales y sindicales para avanzar en la rápida identificación de aquellas medidas que permitan la reducción de cargas administrativas que dificultan la creación de nuevas empresas y limitan la actividad de las existentes. El 26 de noviembre de 2007 se firmó un Pacto entre el Gobierno y CEOE y CEPYME para afrontar la reducción de cargas administrativas especialmente con referencia a las empresas y a las pequeñas empresas, anunciado al mismo tiempo que se ampliaba el objetivo de reducción del 25 al 30% para el año 2012.

Fruto de estas actuaciones el 14 de agosto de 2008 se aprobaría el Acuerdo de reducción de Cargas Administrativas para 70 procedimientos, afectando entre otros a procedimientos de los Ministerios de Hacienda, Interiores, Trabajo y Asuntos sociales, etc. Con independencia del grado de efectividad cuantitativa de esta primera experiencia, lo importante de estos procedimientos a efectos jurídicos estriba en la metodología para alcanzar estos objetivos en cuanto focalizan el análisis sobre el Impacto regulatorio y al propio tiempo sobre la Calidad formal de las normas a efectos de que estas sean claras; precisas; y accesibles a los ciudadanos. Estos tres últimos objetivos son básicos en lo que afecta a los Reglamentos y disposiciones administrativas pues es precisamente en este marco donde existe y se plantea la máxima inflación reguladora y la creación de imposiciones y deberes de detalle mas allá de lo dispuesto en las leyes y normas de origen parlamentario que son percibidos como «cargas administrativas» no solamente por los empresarios en el ámbito de la regulación económica, sino muy especialmente para los ciudadanos en sus relaciones procedimentales con las Administraciones públicas. La introducción de estudios y análisis empíricos en nuestras Administraciones sobre la composición y el alcance material de las llamadas «regulatory burden» constituye un buena noticia en cuanto puede contribuir a una mejora en la calidad y contenido de nuestras disposiciones reglamentarias, al tiempo que facilitan la utilización de los medios informáticos y telemáticos, siempre que ello no comporte una merma en las garantías jurídicas básicas (15). Por su parte las Comunidades Autónomas anun-

(15) Sobre modelos de valoración de las cargas administrativas, desde el punto de vista de la Ciencia de la Administración, es de interés V. LAPUENTE GINE, *¿Por qué algunos países sufren exceso de regulación?*, en «Gestión y análisis de políticas públicas», nº 26-27, enero-agosto 2003, pp. 7 a 25.

cian planes de reducción de cargas administrativas, como es el caso reciente, según los medios de comunicación, de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Este movimiento también sería necesario extenderlo a las Corporaciones locales, pues en el ámbito local en materias como el urbanismo y el medio ambiente se produce análogamente una gran actividad reguladora que deberá ser evaluada conforme a las nuevas técnicas.